

LOCALIDAD: VIEDMA.-

FUERO: ORIGINARIAS.-

INSTANCIA: Unica.-

EXPTE. N° 20029/05.-

SENTENCIA: N° 53.-

ACTOR: RIVELLI, Rolando.-

DEMANDADO: .-

OBJETO: s/Amparo s/Apelación.-

VOCES: Falta de agotamiento vía administrativa.- Poder de policía ambiental: normativa nacional y provincial.- Principios de prevención y de precaución.-

FECHA: 07-06-05.-

///MA, 7 de junio del 2.005.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Luis LUTZ, Víctor H. SODERO NIEVAS y Alberto I. BALLADINI, con la presencia del señor Secretario doctor Ezequiel LOZADA, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "RIVELLI, ROLANDO s/AMPARO s/APELACIÓN" (Expte. N° 20029/05-STJ-), elevados por el Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 1 de la IIIa. Circunscripción Judicial a fin de resolver el recurso de apelación deducido a fs. 150. Previa discusión de la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el actuario, se decide plantear y votar las siguientes:-----

-----CUESTIONES-----

-----1ra.-¿Es fundado el recurso?-----

-----2da.-¿Que pronunciamiento corresponde?-----V O T
A C I O N----- A la primera cuestión el señor Juez doctor Luis LUTZ dijo:-----

-----Que a fs. 150 el apoderado del amparista interpone recurso de apelación -fundado a fs. 152/154- contra la sentencia de fs. 148/149, mediante la cual el señor Juez Dr. Jorge A. SERRA, con invocación de precedentes de este Superior Tribunal de Justicia, decide rechazar la acción de amparo presentada por el señor Rivelli, considerando que la suspensión de tala de árboles dentro de la propiedad del actor peticionada en la presente acción ha sido ordenada en un trámite administrativo en curso (Expte. N° 66.798-DB-02, Servicio Forestal Andino) y sobre el cual cabe agotar la vía administrativa

transitada, no advirtiéndose ni arbitrariedad ni ilegalidad manifiesta.- - - - -

-----El recurrente señala que la Provincia de Río Negro a través de sus organismos, ha ingresado a su propiedad con hombres y maquinaria sin orden judicial alguna, produciendo una tala de los árboles de su propiedad, evidenciando un atropello por parte de la Dirección de Bosques, de allí la interposición de la presente acción.- - - - -

-----Sostiene que el a-quo se equivoca al requerir el agotamiento de la vía administrativa, por cuanto nunca fue notificado de las citadas actuaciones administrativas y tomó conocimiento de la situación por vecinos. Agrega que lo talado está siendo comercializado en aserraderos de la zona, y que el deber de seguridad corresponde al Estado y que éste ha optado por la solución más fácil, esto es, talar el bosque de su propiedad, en lugar de perseguir a los delincuentes que provocan los incendios.- - - - -

-----A fs. 173/175n y vta. la Fiscalía de Estado contesta el memorial, considerando que no sólo debe tenerse en cuenta la arbitrariedad y la ilegalidad que deben ser manifiestas -no presentes en el caso-, sino también la inexistencia de otras vías alternativas o idóneas de solución procedimental de la cuestión.-

-----Advierte que además debe reunir las condiciones de gravedad, urgencia, corriéndose el riesgo de un daño irreparable de no tener la cuestión una rápida corrección. Reitera que en el fondo del asunto traído existen otras vías o remedios procedimentales para la eventual pretensión del amparista.- - - - -

-----Afirma que no se da ni por aproximación los elementos de necesaria pertinencia y correspondencia para un amparo como ser: a)acción excepcional dado los hechos en autos; b)singularidad extrema en los hechos expuestos; c)superlativa urgencia; d) gravedad, y por sobre todo, e)inexistencia de otras vías en eficacia y en tiempo. Cita abundante jurisprudencia del STJ. sobre cada uno de los mencionados requisitos.- - - - -

-----Ahora bien, pasando ya al tratamiento de la cuestión se tiene presente que el decisorio impugnado -aun dentro de la informalidad del amparo- está impregnado de un vicio formal, porque como se señalara en "MARCHETTI, MARCELA Y OTROS s/AMPARO s/APELACION" (Expte. N° 19266/04-STJ-), y en "OCAMPO,

FERNANDO RUBEN s/AMPARO s/APELACIÓN" (Expte. N° 19914/04-STJ-) el "juez de amparo" omitió notificar en los términos del art. 341 del CPCC. al Poder Ejecutivo Provincial y en su representación al señor Gobernador como a la Fiscalía de Estado en la sede de sus funciones en la ciudad de Viedma, todo lo que no se ha hecho en autos. A ello debe agregarse la incorrecta calificación de mandamiento de prohibición (art. 45, C. Provincial) a la presente acción, tal como lo ha efectuado a fs. 28 de autos, para dar trámite a la misma.-----

-----En virtud del principio de economía procesal y dada la convalidación efectuada por las partes actuantes a los vicios formales mencionados (competencia exclusiva de este Superior Tribunal y notificación del artículo 341 del CPCyC.), nos avocamos a su resolución.-----

-----En primer término se advierte que el recurrente, tal como lo afirma la sentencia del amparo, no ha agotado la vía administrativa prevista para el caso. En situaciones similares resueltas por este Cuerpo se ha dicho: "El amparo se deduce sin haberse agotado las instancias ulteriores pendientes, todas ellas articuladas en un procedimiento ordenado, cuyo tránsito constituye la vía completa y necesaria para la firmeza del acto, en su sede natural o de origen. La falta de agotamiento de la vía procesal previa implica interrumpir la posibilidad de obtener satisfacción a la pretensión dentro del propio ámbito de la administración, acudiéndose al amparo antes de que este remedio se torne necesario, con evidente desplazamiento y enervamiento de las defensas normales en el área funcional de la misma administración" (STJRNCO.: Se. N° 13/97 in re "L., A. s/ACCION DE AMPARO s/APELACION"); "En el caso de autos no se demuestra que el agotamiento de la vía administrativa haya transformado ese íter en un ritualismo inútil e ineficaz de tal modo de habilitar la acción judicial directa, que en todo caso debió promoverse por medio de la acción contencioso administrativa y no por esta vía excepcional del amparo" (Conf. Se. N° 84/00 in re "BEROIZA, H. A. s/AMPARO s/APELACION"; STJRNCO.: N° Se. 22/04 in re: "B., J. s/AMPARO s/COMPETENCIA s/APELACIÓN", Expte. N° 19261/04-STJ-).- -

-----Si bien ha desaparecido por imperio del art. 43 de la propia Constitución Nacional, en los amparos interpuestos contra el Estado, la obligación de agotar la vía administrativa como requisito previo para conseguir el acceso a la instancia judicial; es dable interpretar que en la referencia al medio judicial más idóneo, el hecho de que la norma omite aludir a vías administrativas equivale a no obstruir la procedencia del

amparo por el hecho de que existan recursos administrativos o de que no se haya agotado una vía de reclamación administrativa previa, pero, obviamente, para ello debe estarse frente a actos de evidente arbitrariedad o de ilegalidad manifiesta, sumado a la existencia de lesión actual o amenaza cierta de ello (Cf. Bidart Campos, 1955, 312; D. A. Sabsay, "El amparo como garantía para los derechos fundamentales", en Revista de Derecho Procesal, p. 23 y ss., Ed. R. Culzoni, N° 5, año 2000; conf. Se. N° 12/01 in re "C., R. S. s/AMPARO", Expte. N° 15593/01-STJ-).- - - - -

-----El instituto del amparo ha sido establecido en el texto constitucional para proteger "todos los derechos y libertades humanas" que han sido negados o restringidos por un hecho de terceros o de un funcionario o ente público administrativo que deje de cumplir por acción u omisión con un deber concreto y específico. Y a ese respecto es reiterada la jurisprudencia de los tribunales en cuanto ha limitado seriamente la posibilidad de procedencia de un amparo frente a decisiones que gozan de la presunción de legitimidad y razonabilidad (Conf. Se. N° 42/99 "CONSEJO DE LA MAGISTRATURA IIIa. CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL c/CAMARA DEL TRABAJO DE SAN C. DE BARILOCHE s/CONFLICTO DE PODERES").- - - - -

-----Al respecto también este Superior Tribunal ha expresado: "El amparo es un proceso utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carecer de otras vías idóneas o aptas, pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, por esa razón su apertura exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la demostración de que el daño concreto y grave ocasionado, sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a esa vía urgente y expeditiva" (cf. CSJN., H. 90. XXXIV., Hospital Británico de Buenos Aires c/Estado Nacional -Ministerio de Salud y Acción Social-, 13-03-01, T. 324, P. LL. 18-05-01, N° 102015; STJRNCO.: Se. N° 150/01 in re "A., R. y A., M. V. s/Amparo s/Apelación", Expte. N° 16272/01-STJ-; Se. N° 151/01 in re "G., A. s/Mandamus", Expte. N° 16204/01-STJ-).- - - - -

-----De la misma manera se ha afirmado que en las acciones previstas en los arts. 43, 44 y 45 de la Constitución Provincial son de imprescindible acreditación los requisitos de urgencia, gravedad, irreparabilidad del daño e ilegalidad manifiesta -lo que no ocurre en el caso-, requisitos que adquieren vigor jurídico cuando caracterizan una violación a un derecho constitucional, pero no a cuanta violación soporte todo derecho consagrado

por el constituyente. Es decir, esta garantía no se aplica automática y genéricamente, y sólo está contemplada para aquellas situaciones que ante la urgencia y la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta no puedan hallar remedio en otras vías idóneas disponibles, y para derechos perfectamente individualizados en el compendio de las cláusulas operativas de la Carta fundamental de la Provincia (Conf. Se. N° 12/02 in re "P., J. C. en representación legal de SI. TRA. JU. R. s/Acción de Amparo s/Competencia", Expte. N° 16361/01-STJ).- - - - -

-----De las constancias de autos resulta que a la Dirección de Bosques acompañó copias del Expediente Administrativo (fs. 32/103) correspondiente a las medidas de prevención contra los incendios forestales sobre la propiedad del amparista; también obra copia de la Carta Documento enviada por la Dirección de Bosques al Sr. Rivelli (fs. 68) dando cuenta de la situación con la recomendación de la realización de tareas silviculturales de prevención, sumado a la Disposición N° 43/2003 donde se lo intima por edictos para que presente el Plan de Tareas ante el Servicio Forestal Andino Bariloche, bajo apercibimiento de ejecutar los trabajos con cargo al propietario, resultando de todo ello que los actos que se denuncian lesivos devienen del ejercicio del poder de policía en ese sentido.- - - - -

-----Analizada dicha documentación y el decisorio del señor Juez a-quo no aparece manifiesta la ilegalidad del acto ya que la entidad administrativa ha actuado conforme a las facultades establecidas en la Ley N° 1966 por lo que no podría hablarse de "ilegalidad manifiesta".- - - - -

-----En virtud de lo expuesto y remarcando que la acción de amparo es un proceso reservado para aquellas situaciones extremas en las que: a) se carezca de otras vías legales aptas para zanjarlas o su utilización pudiera afectar principios, derechos y garantías constitucionales; b) se advierta la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, y c) se demuestre que el daño concreto y grave ocasionado sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a tal acción urgente y expeditiva del amparo.-

-----Por todo lo expresado, VOTO POR LA NEGATIVA respecto del recurso de apelación deducido.- - - - -

A la misma cuestión el señor Juez doctor Víctor H. SODERO NIEVAS dijo:- - - - -

-----Adelanto que adhiero a la decisión propuesta por el magistrado que me antecede en el voto en punto al rehazo del recurso de apelación intentado, pero haciendo énfasis en particulares fundamentos que a continuación se delinear.- - - -

-----Previo a todo corresponde realizar un desarrollo de los distintos pasos realizados en el proceso, y más específicamente respecto al trámite administrativo llevado a cabo en el caso.- --

-----A fs. 32/103, la Dirección de Bosques acompaña copias del expediente administrativo por el cual tramitó la implementación de medidas silviculturales y de prevención contra los incendios forestales en dicho predio de propiedad del Sr. Rivelli.-
- - - -

-----De la lectura de dichas copias se advierte sobre la existencia de dicha forestación y que la misma carece de medidas de prevención para incendios.- - - - -

-----A fs. 52 obra informe del Coordinador General del SPLIF., dirigida al Delegado del Servicio Forestal Andino, de fecha agosto del 2002, donde manifiesta que “la mencionada plantación no cuenta con ningún tipo de protección contra incendio, además de no contar con vigilancia, tampoco posee el cerramiento correspondiente para evitar el ingreso de personas ajenas al predio, aumentando peligrosamente el riesgo de incendio, ya que el tránsito peatonal que en todo el año se efectúa por el interior de dicha masa boscosa ha generado una gran cantidad de focos de incendio que fueran extinguidos oportunamente por este Organismo”.- - - - -

-----A fs. 44 se presenta copia de la Carta Documento enviada por la Dirección de Bosques al señor Rivelli, donde se le comunica que no existe en su predio trabajos de poda y raleo, que se observan depósitos de ramas y combustible vegetal en gran parte del predio, que se han producido extracciones de pinos sin autorización ni aval técnico, que se encuentran sectores quemados que fueron controlados por el SPLIF.. Asimismo se le informa que conforme la normativa vigente (Ley Nacional N° 25080, Leyes Provinciales N° 757 y N° 2966), el propietario debió cumplir los requisitos inherentes a la previsión de incendios máxime teniendo en cuenta que dicha forestación se encuentra en un área de interfase, entendiéndose por ello la conjunción de masas forestales con urbanizaciones aledañas.- - - - -

-----A continuación se le recomendó la realización de tareas silviculturales de prevención.- - - - -

-----Posteriormente, por Disposición N° 43/2003 se lo intimó por edictos para que presentara el Plan de Tareas ante el Servicio Forestal Andino Bariloche, bajo apercibimiento de ejecutar los trabajos por medio del Servicio de Protección y Lucha contra Incendio Forestales (SPLIF.), con cargo al propietario y aplicar sanciones pecuniarias.- - - - -

-----Finalmente a fs. 66 obra copia de la Disposición N° 21/04 por la que se dispone elaborar por parte del Servicio Forestal Andino Bariloche el correspondiente plan de tareas silviculturales que permita ordenar la forestación en predio del señor Rivelli y ejecutar por parte del SPLIF. con cargo al propietario.- - - - -

-----A fs. 148/149, el Juez del amparo, Dr. Jorge A. Serra resuelve rechazar la acción de amparo presentada por el señor Rivelli, ello por entender que la tala dentro de su propiedad fue ordenada en el trámite administrativo iniciado cuyas copias obran en autos, considerando que el recurrente debió agotar tal vía administrativa, circunstancia que no ha acreditado. Cita jurisprudencia del STJ. en tal sentido.- - - - -

-----También entiende el señor Juez que no aparece manifiesta la ilegalidad del acto ya que el SPLIF. ha actuado conforme a las facultades establecidas en la Ley N° 1966 por lo que no podría hablarse de "ilegalidad manifiesta".- - - - -

-----También se tiene en consideración que a fs. 173/175 y vta. la Fiscalía de Estado contesta el memorial, considerando que no sólo la arbitrariedad y la ilegalidad deben ser manifiestas, sino que debe tenerse en cuenta, asimismo, la inexistencia de otras vías alternativas o idóneas de solución procedimental de la cuestión.- - - - -

-----Advierte que además debe reunir las condiciones de gravedad, urgencia, corriéndose el riesgo de un daño irreparable de no tener la cuestión una rápida corrección. Reitera que en el fondo del asunto traído existen otras vías o remedios procedimentales para la eventual pretensión del amparista.- - - - -

-----Coincido en que el decisorio impugnado -aun dentro de la informalidad del amparo- está impregnado de un vicio formal, tal como se señalara en "MARCHETTI,

MARCELA Y OTROS s/AMPARO s/APELACION" (Expte. N° 19266/04-STJ-) y en "OCAMPO, FERNANDO RUBEN s/AMPARO s/APELACIÓN" (Expte. N° 19914/04-STJ-), en cuanto el juez de amparo no puede omitir notificar en los términos del art. 341 del CPCC. al Poder Ejecutivo Provincial y en su representación al señor Gobernador como a la Fiscalía de Estado en la sede de sus funciones en la ciudad de Viedma, todo lo que no se ha hecho en autos. Atento tal circunstancia, también considero que en ejercicio del principio de economía procesal, y dada la convalidación efectuada por las partes actuantes a los vicios formales mencionados (competencia exclusiva de este Superior Tribunal y notificación del artículo 341 del CPCyC.), corresponde asumir tal competencia.- - - - -

-----EL PODER DE POLICIA.- - - - -

-----Que en autos, los actos que el amparista denuncia como lesivos devienen, ni más ni menos, del ejercicio del poder de policía en ese sentido.- - - - -

-----Las fuentes más inmediatas del poder de policía son los arts. 28, 75 incs. 18 y 19 y 125 de la Constitución Nacional; y a ello debe agregarse que la reforma constitucional de 1994 amplió la extensión de la llamada cláusula para el progreso -base del poder de policía amplio- establecida en el anterior art. 67 inc. 16. Esa norma pasó a constituir el art. 75 inc. 18 y se le agregó otro inciso, el 19, que dispuso: "Corresponde al Congreso ... proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional..., etc.".- - - - -

- - -

-----PRINCIPIOS DEL PODER DE POLICIA.- - - - -

-----En una postura amplia, Fiorini considera que cuatro son los principios que rigen las limitaciones impuestas por el poder de policía: 1*)la limitación debe ser justificada; 2*)el medio utilizado, es decir, la cantidad y modo de la limitación debe ser adecuado al fin deseado; 3*)el medio y el fin utilizados por la limitación deben manifestarse proporcionalmente; 4*)todas las limitaciones deben ser restringidas. La razonabilidad se expresa con la justificación, adecuación, proporcionalidad y restricción de las normas que se sancionan (cf. STJRNCO.: Se. N° 3/02 in re "G. B., J. y E., E. N. s/AMPARO

s/APELACION", Expte. N° 16447/01 –STJ–, 18–01–02; FIORINI, "El Poder de Policía", Ed. Alfa, 1962, p. 146).-----

-----En una postura más restringida se encuentra Gelli, quien sostiene que la Carta Fundamental establece dos básicos principios que limitan al poder reglamentador en ejercicio del poder de policía: el principio de privacidad del art. 19, que resguarda un núcleo de decisión personal propio y ajeno a la intromisión del Estado, y el principio de razonabilidad del art. 28, que impide alterar los derechos en ejercicio de la función reglamentaria. El poder de policía no es un poder omnímodo para hacer lo que se quiera en nombre del interés general, sino sólo aquéllo que en virtud de una norma permite hacer lo razonablemente necesario para asegurar oportunamente el justo ejercicio de un derecho frente al de los demás (cf. Arístides Horacio Agüero, "Poder de Policía y derechos individuales. Razonabilidad ..." , Ed. Dike, p.46 y ss.; CNFed. Sala II, 22-11-77, LL-1978-A-229). En este contexto, cumplidos los principios mencionados, el poder de policía implica la atribución estatal de restringir el ejercicio de los derechos constitucionales, y encuentra su fundamentación jurídica en el primer párrafo del art. 14, CN., en tanto esta norma expresa que "todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio" (cf. María Angélica Gelli, "Cláusula para el progreso y los límites al Poder de Policía Provincial", Lexis N° 0003/000459).-----

-----FUENTES DEL PODER DE POLICIA.-----

-----Como señala Gelli, la expresión "poder de policía" resulta equívoca y confusa, pues "...el sistema argentino no la requiere para referirse a la competencia del Estado de limitar el disfrute de los derechos. Sin embargo, la frase echó raíces por el empleo que de ella hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina jurídica. Reconoce su fuente en la jurisprudencia de los Estados Unidos que no tiene, en su Constitución, una cláusula similar al art. 14, CN.. El desarrollo del poder de policía en los Estados Unidos tomó la característica de un instrumento amplio y flexible, enderezado a satisfacer intereses sociales. La armonización entre diferentes derechos en pos de la convivencia social exigen límites al obrar humano para que la libertad constituya un patrimonio común.-----

-----De acuerdo a Carlos Alfredo Botassi (cf. “Derecho Administrativo Ambiental”, Ed. Librería Platense, p.61) por la influencia de las doctrinas francesa e italiana, el concepto de “policía” se limitó a la protección de la seguridad, la salubridad y la moralidad, pero en tiempos más cercanos la doctrina norteamericana extendió la idea al ámbito económico y social. Hoy día se reconoce que el ejercicio del poder de policía por el Estado tiene en miras el bienestar general de la comunidad y puede afectar derechos individuales vinculados con cualquier materia.- - - - -

-----La incorporación de nuevos derechos y garantías a las Constituciones -con la necesidad de hacerlos operativos- y los crecientes objetivos que asume el estado social de derecho, reactualizan el problema de la extensión del poder de policía y sus límites en una sociedad libre (cf. María Angélica Gelli, “Cláusula para el progreso y los límites al Poder de Policía Provincial”, Lexis N° 0003/000459).- - - - -

-----COMPETENCIA PROVINCIAL EN EL EJERCICIO DEL PODER DE POLICIA.- - - - -

-----Es cierto que ciertas atribuciones son facultades que pueden ejercer tanto el poder central como los poderes locales. Sin embargo, la línea divisoria entre ambos no es siempre nítida y clara. El poder de policía no constituye una fuente para ampliar las atribuciones del poder provincial frente al nacional ni a la inversa (Conf. Miller, Jonathan, Gelli, María Angélica, Cayuso, Susana, "Constitución y poder político", t. II, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1991, ps. 987/8; asimismo para profundizar respecto al sistema constitucional originario de distribución de competencias y su aplicación al tema ambiental, véase “Derecho Ambiental Constitucional” de Horacio Rossatti, Ed. Rubinzal Culzoni, ps. 99 a 105).- - - - -

-----Es materia y competencia estrictamente provincial no solamente el poder de policía que la Constitución consagra expresamente sino el que ejerce naturalmente porque le corresponde de acuerdo a la naturaleza del sistema federal y porque además se lo han reservado expresamente de acuerdo a lo establecido en los arts. 104/108 de la CN. (cf. STJRNCO.: Se. N° 25/02 in re "M., H. Y OTRA s/AMPARO s/APELACION", Expte. N° 16510/02-STJ-, 05-03-02).- - - - -

-----La Constitución de la Provincia de Río Negro, sancionada el 3 de junio de 1988, comienza anunciando en su Preámbulo que los representantes del Pueblo de la Provincia establecen esta Constitución, con, entre otros fines, promover la iniciativa privada y la función social de la propiedad, preservando los recursos naturales y el medio ambiente. Luego, el art. 84 de la C. Provincial, referido a la Defensa del Medio Ambiente, dispone que "Todos los habitantes tienen el derecho a gozar de un medio ambiente sano, libre de factores nocivos para la salud, y el deber de preservarlo y defenderlo". Con este fin, el Estado: 1) Previene y controla la contaminación del aire, agua y suelo, manteniendo el equilibrio ecológico; 2) Conserva la flora, fauna y el patrimonio paisajístico; 3) Protege la subsistencia de las especies autóctonas; legisla sobre el comercio, introducción y liberación de especies exóticas que puedan poner en peligro la producción agropecuaria o los ecosistemas naturales; 4) Para grandes emprendimientos que potencialmente puedan alterar el ambiente, exige estudios previos del impacto ambiental; 5) Reglamenta la producción, liberación y ampliación de los productos de la biotecnología, ingeniería nuclear y agroquímica y de los productos nocivos, para asegurar su uso racional; 6) Establece programas de difusión y educación ambiental en todos los niveles de enseñanza; 7) Gestiona convenios con las provincias y con la Nación para asegurar el cumplimiento de los principios enumerados. Posteriormente, el art. 85 se refiere a la custodia del medio ambiente, el cual está a cargo de un organismo con poder de policía, dependiente del Poder Ejecutivo, con las atribuciones que le fija la ley (voto del Dr. Sodero Nievas en STJRNCO.: Se. N° 25/05 in re "B. S. A. s/MANDAMUS", Expte. N° 18726/03-STJ-, 17-03-05). - - - - -

-----Ya en 1869 la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció "...que es un hecho, y también un principio de derecho constitucional, que la policía de las provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluído en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos; y que, por consiguiente, pueden lícitamente dictar leyes y reglamentos con estos fines (cf. Fallos 7:150, in re: "La Empresa `Plaza de Toros\` quejándose de un decreto expedido por el Gobierno de Buenos Aires", sent. del 13-4-1869, sin destacar en el texto original; Trib. Sup. Ciudad Bs. As., 15-07-2004, "Asociación por los Derechos Civiles v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", Lexis N° 35000953).- -

-----RESTRICCIONES DERIVADAS DEL PODER DE POLICIA.- - - - -

-----Existen restricciones al dominio privado en el solo interés público, regidas por el derecho administrativo y en el ejercicio del poder de policía, y no es impugnabile so color de la afectación de la propiedad, cuando es menester acreditar la ausencia de interés público expresado por la autoridad para establecerlas; o en todo caso, demostrar que la restricción impuesta no es razonable, y que es desproporcionada a la necesidad administrativa (cf. STJRNCO.: Se. N° 70/00 in re "AEROLINEAS ARGENTINAS S. A. s/ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD ORDENANZAS MUNICIPALES N° 360-CM-96 Y 919-CM-98 MUNIC. DE S. C. DE BARILOCHE ", Expte. N° 13673/99-STJ-, 12-09-00).- - - - -

-----Asimismo existen límites al dominio fundados en motivos de interés general, que encuentra justificación jurídica en el poder de policía local, y el Estado tiene la facultad de dictar normas al respecto tendientes a satisfacer el interés general que le incumbe proteger. El ejercicio de estas facultades no vulnera las garantías consagradas en la Constitución Nacional, puesto que el derecho de propiedad no reviste carácter absoluto y es susceptible de razonable reglamentación (C. Nac. Civ., Sala H, 30-06-1989, "Silvestri, Carlos v. Municipalidad de Buenos Aires", JA-1993-IV, Lexis N° 2/5417).- - - - -

-----Cabe remitirse a lo señalado en mi voto en "PROVINCIA DE RIO NEGRO s/MANDAMUS" (Expte. N° 19595/04-STJ-, Se. N° 50/04; Se. N° 8 del 23-02-05, en "OCAMPO, F. R. s/AMPARO s/APELACIÓN" (Expte. N° 19914/04-STJ-), donde he destacado que las políticas de Estado, y su control, además de las materias en que el Poder Ejecutivo ejerce el Poder de Policía (2da. parte de la C. Provincial - Políticas Especiales de Estado) son materia reservada al Poder Ejecutivo (arts. 47 a 111, C. Provincial; STJRNCO.: Se. N° 19/05 in re "O., M. M. Y OTROS s/ACCION DE AMPARO s/COMPETENCIA", Expte. N° 19907/04-STJ-, 09-03-05).- - - -

-----Que es inherente a la actividad administrativa concretar en cada acto, cuestión o circunstancia el ejercicio del Poder de Policía en el caso concreto (STJRNCO.: Se. N° 115/00 in re "E., C. s/ACCION DE AMPARO", Expte. N° 15508/00-STJ-, 28-12-00).- - - -

-----Obviamente, ello lo es dentro de los justos y razonables límites correspondientes a la reglamentación de los derechos declarados como fundamentales para la existencia

humana en sociedad, que residen en el “due process law”, según la jurisprudencia norteamericana, y aportan sustancial solución sobre este objeto jurídico que algunos califican de “standard jurídico”, y que Juan F. Linares la ha calificado de “garantía innominada” en la Constitución Argentina, presentándola como la garantía de la seguridad de la “legal y justa aplicación del derecho” (“Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas de La Plata”, ps. 495/717, 1943). Esta garantía justifica el control jurisdiccional sobre cualquier clase de actos realizados por la actividad del poder de policía (cf. FIORINI, “El Poder de Policía”, Ed. Alfa, 1962, p. 147).-----

--

-----PODER DE POLICIA SOBRE LOS RECURSOS NATURALES.-----

-----Cuando se incursiona en el ejercicio de la política estatal de preservación y aprovechamiento de los recursos naturales no corresponde que el poder de policía que desarrolla la autoridad con competencia específica en la materia quede impedido. Corresponde que la autoridad ejerza todas las atribuciones que le asigna la ley, porque en la situación se proyectan sus efectos más allá de las partes involucradas en la contienda judicial y afecta a la seguridad de la comunidad misma (voto del Dr. Sodero Nievas en STJRNCO.: Se. N° 20/05 in re “PROVINCIA DE RIO NEGRO s/MANDAMUS”, Expte. N° 19595/04–STJ-, 09–03–05; ver asimismo Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Recurso de Hecho, Rosmar S.A. c/Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación”, R. 128, XXXVII).-----

-

-----Que cuando se ejerce jurisdicción delegada del poder de policía se deben adoptar las medidas de seguridad destinadas a prevenir peligros, en tanto la administración pública está encargada de atender el bienestar general, y debe privilegiar la obligación de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas -art. 902, C. C.- para evitar riesgos innecesarios (cf. STJRNCO.: Se. N° 3/02 in re “G. B., J. y E., E. N. s/AMPARO s/APELACION”, Expte. N° 16447/01–STJ-).-----

-----PODER DE POLICIA AMBIENTAL.-----

-----Ya en lo específicamente medio-ambiental, se tiene dicho que frente a la concurrencia de facultades se han experimentado varios mecanismos tendientes a que la legislación y la gestión ambientales resulten coordinadas entre los gobiernos locales y el

poder central (adhesión a la normativa nacional, comisiones federales y tratados interjurisdiccionales, son meros ejemplos). En general, se admite que corresponde reconocer el poder de policía ambiental a los gobiernos locales cuando el problema se encuentra localizado y sus efectos no perjudican a las jurisdicciones vecinas. En cambio, cuando el demérito del entorno puede extenderse por dos o más Provincias, su regulación compete a la Nación (cf. Carlos Alfredo Botassi, "Derecho Administrativo Ambiental", Ed. Librería Platense, p.66 y ss.).- - - - -

-----RECURSOS FORESTALES- Normativa Nacional.- - - - -

-----Se define al BOSQUE como toda formación leñosa, natural o artificial, que por su contenido o función, sea declarada en los reglamentos respectivos como sujeta al régimen legal. Tierra forestal es aquella que por sus condiciones naturales, ubicación o constitución, clima, topografía, calidad y conveniencias económicas, sea inadecuada para cultivos agrícolas o pastoreo y sea susceptible, en cambio, de forestación, y también aquellas necesarias para el cumplimiento de la ley forestal (cf. Dino BELLORIO CHABOT, "Tratado de D. Ambiental", Tomo II, Ed. Ad-Hoc, pág. 219).- - - - -

-----Entre las leyes nacionales referidas a los recursos forestales encontramos: las Leyes N° 13273, 16-9-1948, Defensa de la Riqueza Forestal (ALJA 1853-958-1-401), N° 17273, 25-1-1968, creación del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (ALJA 1967-B-1629), N° 24857, 6-8-1997, Estabilidad Fiscal para la Actividad Forestal (LA 1997-C-2769), N° 25080, 16-12-1998, Ley de Inversiones para Bosques Cultivados (LA 1999-A-80), N° 25509, 14-11-2001, créase el derecho real de superficie forestal, constituido a favor de terceros, por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura; entre los Decretos Nacionales, el Dec. PEN. N° 1831/1993 del 1-9-1993, Sistema Estadístico Forestal. Obligaciones mínimas, PEN. N° 710/1995 del 13-11-1995, Ley de Defensa de Riqueza Forestal. Texto ordenado (LA 1995-C-3275), PEN. N° 1332/2002 (LA 2002-C-3433) del 25-7-2002, créase el Programa Social de Bosques "ProSoBo." en el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable; entre las resoluciones vinculadas a dicha temática, la SRNyAH. N° 403/1996 del 7-8-1998, creación del Comité Asesor de Selección para establecer Bosques Modelos en la República Argentina, SRNyDS. N°

222/1997 del 26-3-1997, resolución organizativa del Plan de Manejo del Fuego, SRNyDS. N° 780/1998 del 1-9-1998, designación de coordinador general del Plan Nacional de Manejo del Fuego, SDSyPA. N° 771/2000 del 20-7-2000, creación de la Red Nacional de Bosques Modelo en la República Argentina, SDSyPA. N° 1184/2000 del 9-10-2000, creación del Consejo Consultivo de la Red Nacional de Bosques Modelo y la SAyDS. N° 860/2002 del 21-8-2002, apruébase el Reglamento y Organización del Programa Social de Bosques "ProSoBo." (cf. Patricia Barbieri, Juan C. Benincasa, María Espinoza y Ethel Humphreys, "El derecho real de superficie y la superficie forestal", 2003, JA 2003-III-1161, Lexis N° 0003/009883).- - - - -

-----Normativa Provincial.-----

-----Respecto a las normas provinciales referidas a la cuestión forestal, pueden ser citadas la Ley N° 77, sancionada el 19-09-1959, promulgada por Decreto N° 1182/1959 del 29-09-1959, publicada en Boletín Oficial del 20-05-1960 en pág. 3 a 3, respecto a la creación de viveros en la Provincia de Río Negro; la Ley N° 210, sancionada el 23-08-1961, promulgada por Decreto N° 2113/1961 del 20-09-1961, publicada en Boletín Oficial del 20-09-1961 en pág. 2 a 2, que declara obligatoria la colocación de plantas a ocupantes de tierras; la Ley N° 1235, sancionada el 15-07-1977, promulgada el 15-07-1977, Publicada en Boletín Oficial del 25-07-1977 en pág. 1 a 1, que modifica el art.39 de la Ley Forestal N° 757, la Ley N° 1500, sancionada el 11-03-1981, promulgada el 11-03-1981, publicada en Boletín Oficial del 23-03-1981 en pág. 2 a 2, que modifica los arts. 39 y 40 de la Ley N° 757, de la ley de Bosques, relacionada con el Decreto N° 1270/2000 del 20-10-2000 referido a un Convenio con la Policía Provincial para el control de los mismos, la Ley N° 2022, sancionada el 19-09-1985, promulgada por Decreto N° 1573/1985 del 23-09-1985, publicada en Boletín Oficial del 30-09-1985 en pág. 1 a 1, para la prestación de servicios de forestación y explotación del recurso forestal, con sus diversas reglamentaciones efectuadas por los Decretos N° 2057/1986 del 13-11-1986, N° 352/1988 del 15-02-1988, N° 1042/1988 del 09-05-1988, N° 938/2001 del 07-08-2001, N° 1122/2003 del 30-09-2003; la Ley N° 2156 (subsidios); la Ley N° 2500 (declaración de interés provincial del CIEFAP., referido al Bosque Andino Patagónico; la Ley N° 2520, sancionada el 11-09-1992, promulgada por Decreto N° 1862/1992 del 30-09-1992, publicada en Boletín Oficial del 15-10-1992 en pág. 5 a 5,

que crea el Cuerpo de Inspectores Forestales de la Provincia, relacionado con el Decreto N° 1270/2000 del 27-09-2000, respecto a la fiscalización y control de la producción forestal; la Ley N° 2644, sancionada el 17-06-1993, promulgada por Decreto N° 1036/1993 del 16-07-1993, publicada en Boletín Oficial del 26-07-1993 en pág. 2 a 2, ahorro forestal; la Ley N° 2647, sancionada el 17-06-1993, promulgada por Decreto N° 1039/1993 del 16-07-1993, publicada en Boletín Oficial del 26-07-1993 en pág. 3 a 3, para pequeños y medianos inversores forestales; Ley N° 2966, sancionada el 14-03-1996, promulgada por Decreto N° 357/1996 del 01-04-1996, publicada en Boletín Oficial del 15-04-1996 en pág. 2 a 2, que crea el SERVICIO DE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA INCENDIOS FORESTALES -SPLIF.-, relacionado con los Decretos N° 1522/1996 del 10-09-1996, reglamentación de los arts. 2, 7, 11 y 17; Decreto N° 832/2002 del 10-09-2002 ídem; y la Ley N° 2981, sancionada el 10-05-1996, promulgada por Decreto N° 627/1996 del 22-05-1996, publicada en Boletín Oficial del 30-05-1996 en pág. 14 a 14, que prohíbe innovar sobre áreas afectadas por incendios, Ley N° 3060, sancionada el 19-12-1996, promulgada por Decreto N° 2189/1996 del 30-12-1996, publicada en Boletín Oficial del 13-01-1997 en pág. 2 a 2 (estabilidad fiscal sobre actividades forestales); y la Ley N° 3136, sancionada el 22-09-1997, promulgada por Decreto N° 1296/1997 del 10-10-1997, publicada en Boletín Oficial del 13-10-1997 en pág. 1 a 1, con limitaciones al traslado de madera de bosques.- - - - -

-----PRINCIPIOS DE POLÍTICA AMBIENTAL.- - - - -

-----La interpretación y aplicación de toda norma a través de la cual se ejecute la política ambiental deben estar sujetas al cumplimiento de los siguientes principios delineados por Eduardo Pablo Jiménez ("Derecho Ambiental" - Su actualidad de cara al tercer milenio-, págs. 150/151, Ed. Ediar): a) Principio de congruencia: la legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga; b) Principio de prevención: las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir; c) Principio precautorio: cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la

adopción de medidas eficaces, en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente; d) Principio de equidad intergeneracional: los responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras; e) Principio de progresividad: los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos; f) Principio de responsabilidad: el generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan; g) Principio de subsidiariedad: el Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales; h) Principio de sustentabilidad: el desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras; i) Principio de solidaridad: La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos; y j) Principio de cooperación: los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta (Cf. Eduardo Pablo Jiménez, “Derecho Ambiental” - Su actualidad de cara al tercer milenio-, págs. 150/151, Ed. Ediar).- - - - -

-----LOS PRINCIPIOS DE PREVENCIÓN Y DE PRECAUCIÓN AMBIENTAL.- - -

-----Hemos señalado en “BORDENAVE” (Se. N° 25 del 17 de marzo del 2.005) que el principio de precaución se inserta en el amplio espectro de protección del ambiente, teniendo asimismo en mira los intereses de las generaciones futuras (art. 41, C.N.), en función de evitar daños al ecosistema, esencial para la subsistencia de los seres humanos. Dicho principio, en tanto incrementa fuertemente el deber de diligencia, instaura una nueva dimensión tutelar en el instituto de la responsabilidad civil: el aseguramiento de riesgos que pueden ocasionar efectos calamitosos. Así como el

principio de previsión tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el principio de precaución introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos -y por lo tanto imprevisibles-. Opera en un ámbito signado por la incertidumbre (cf. Isidoro H. Goldenberg y Néstor A. Cafferatta, “El principio de precaución”, JA. 2002-IV-1442, Lexis N° 0003/009138; ver además Cafferatta, Néstor, “El Principio Precautorio”, Revista de Resp. Civil y Seg., La Ley, 2003, pág. 420 y sgtes.).-----

-----Roberto Andorno (El principio de precaución: un nuevo estándar jurídico para la Era Tecnológica", LL. del 18-7-2002) pone de relevancia que "el principio de precaución funciona cuando la relación causal entre una determinada tecnología y el daño temido no ha sido aún científicamente comprobado de modo pleno. Esto es precisamente lo que marca la diferencia entre la `prevención` y la `precaución`. En el caso de la `prevención`, la peligrosidad de la cosa o de la actividad ya es bien conocida, y lo único que se ignora es si el daño va a producirse en un caso concreto. Un ejemplo típico de prevención está dado por las medidas dirigidas a evitar o reducir los perjuicios causados por automotores. En cambio, en el caso de la `precaución`, la incertidumbre recae sobre la peligrosidad misma de la cosa, porque los conocimientos científicos son todavía insuficientes para dar respuesta acabada al respecto. Dicho de otro modo, la prevención nos coloca ante el riesgo actual, mientras que en el supuesto de la precaución estamos ante un riesgo potencial" (cf. cf. Isidoro H. Goldenberg y Néstor A. Cafferatta, “El principio de precaución”, JA. 2002-IV-1442, Lexis N° 0003/009138).- - -

-----Se ha distinguido entre la acción preventiva y el principio de precaución. Se sostiene que la prevención es el fundamento del principio de precaución; así, se define a la prevención como la implementación de lo conducente para evitar daños. Por lo que se concluye que "las técnicas de prevención se inscriben dentro de la etapa del pre-daño" (Hutchinson, Tomás, "Responsabilidad pública ambiental", en la obra colectiva "Daño Ambiental", vol. I, 1999, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 275).-----

-----Como señalan Lidia Garrido Cordobera y Ana Kunz (“La Prevención. La percepción del Daño en Materia Ambiental y la responsabilidad como ejercicio del Derecho Constitucional”, Rev. Responsabilidad Civil y Seguros, Dir. Atilio Alterini, La Ley, ps. 9/16) en nuestro sistema legal son de aplicación en materia constitucional, en

primer lugar, los arts. 41 y 75 inc. 22 y concordantes y las leyes especiales sobre la materia, a más de la normativa del derecho público de las Provincias. Además, debe considerarse una interpretación amplia e integradora de ciertas normas del Código Civil, sobre todo del art. 1113, 2ª parte y según los casos, armonizar los arts. 1071, 1119, 2618 y 1112 y el art. 2499. La percepción de los problemas ambientales es necesaria para articular adecuadamente la prevención en la evitación de los daños, los que pueden constituir tanto un daño individual como colectivo, teniendo como víctimas al Ambiente, la comunidad o los sujetos individuales.- - - - -

-----Obviamente, antes de ser resarcidos, los daños ambientales deben ser evitados, y ello es así porque la responsabilidad por daño ambiental responde a un factor objetivo de atribución, que hace anclaje en el riesgo creado.- - - - -

-----Por otra parte, debe considerarse que el principio de precaución reclama medidas de inmediato, de urgencia, aun cuando hubiera ausencia o insuficiencia de pruebas o elementos científicos referidos al comportamiento de la naturaleza. Actuar en ese sentido "presupone que cualquier demora puede resultar a la larga más perjudicial que la acción temprana intempestiva" (Walsh, Juan R., en su trabajo "El ambiente y el paradigma de la sustentabilidad", ap. 11: "El principio precautorio como elemento constitutivo de la sustentabilidad" en la obra colectiva "Ambiente, Derecho y Sustentabilidad", 2000, Ed. La Ley, p. 47 y ss.).- - - - -
- - -

-----La enunciación del principio de PRECAUCION en distintos documentos internacionales ha permitido la clarificación de su núcleo conceptual. Así el principio: 1*)responde a la idea de prevención; 2*)implica la aplicación de restricciones o prohibiciones a las actividades presumiblemente riesgosas en base a estudios científicos de evaluación preliminar; 3*)requiere la revisión incesante de las medidas adoptadas; 4*)prefiere asegurar la protección del medio ambiente aplicando medidas cautelares; 5*)pospone beneficios económicos, tecnológicos y de desarrollo, prefiriendo ante la duda preservar el ambiente. Es decir opta por el menos costo posible a largo plazo, ya que el daño ambiental, de producirse sería irreversible (Cf. "Humanismo Ambiental", Terceras Jornadas de Reflexión, págs. 6/7, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba).- - - - -

-----El ejercicio del poder de policía, como manifestación del poder del Estado es impensable sin la coacción en la toma de medidas administrativas para evitar todo tipo de daño en lo que se refiere a situaciones de riesgo (concretamente, para el caso, la posibilidad de incendios en el ámbito forestal). Pero, obviamente, la actualización de ésta tiene entre otros límites, la resistencia que tenga que vencer, las cuales serán tanto menores cuanto más extensa y profunda sea la vigencia del principio de legitimidad, de modo que en líneas generales, puede decirse que la actualización de la coerción es inversamente proporcional a la vigencia del principio de legitimidad (cf. STJRNCO.: Se. N° 3/02 in re "G. B., J. y E., E. N. s/AMPARO s/APELACION", Expte. N° 16447/01-STJ-, 18-01-02).-----

-----OBITER DICTUM.-----

-----Conviene recordar, además de lo dispuesto en el art. 41 de la Constitución Nacional, que por el art. 124 último párrafo se reconoció a las Provincias el dominio originario de sus recursos naturales, y conforme el debate de la respectiva Convención Constituyente, debe entenderse, según el informe del Convencional Antonio María Hernández, así: “cuando nos referimos al alcance de lo que corresponde a las Provincias en cuanto al dominio de los recursos naturales existentes en su territorio, la Comisión interpreta que el territorio comprende tanto al suelo como al subsuelo, el espacio aéreo y el litoral marítimo”. Por supuesto, también son del dominio de las provincias los recursos renovables o no, de forma tal que a nuestra interpretación deben armonizarse los arts. 124 y 41 de la C.N., tanto por los alcances que tendrá el dominio como el ejercicio del poder de policía ambiental, ya que habiéndose dictado la Ley N° 25675 - Ley General del Ambiente, presupuestos mínimos-, hay un punto de partida común en esta ley a partir del cual se unifican las políticas nacionales sobre cada una de las materias que pueden merecer, además, una consideración especial cuando se trata de la explotación de determinados recursos naturales y donde rigen, además de la legislación nacional, convenciones y tratados internacionales. En esta compleja trama se ubican los problemas relativos a la derogación o no del art. 1* de la Ley N° 17319 y a un cambio de paradigma sobre la interpretación que corresponde otorgar al Código de Minería de la Nación.-----

-----Nosotros adherimos a la doctrina constitucional más destacada, que citamos a continuación: Bidart Campos, Germán, “El Derecho de la Constitución y su fuerza

normativa”, ps. 19, 20, 277, 280, Ed. Ediar; Vigo, Rodolfo, “Interpretación Constitucional, ps. 64/65, Abeledo Perrot, B.A., 1992/1993; Sagüés, Néstor, “Elementos de Derecho Constitucional”, Tomo I, pág. 83, II, edición actualizada y ampliada, Astrea, 1997; asimismo, Cueto Rúa, Julio César, “Elementos lógicos en el proceso judicial de interpretación y aplicación de normas jurídicas generales”, La ley, 1999-F-845, págs. 849 y 853.-----

-----Es decir, compartimos la opinión en el sentido de que la norma del art 1* de la Ley N° 17139 (69 inc. 3) quedó derogada por el último párrafo del art. 124 de la Constitución Nacional. En lo atinente al Código de Minería, si bien la competencia del dictado del mismo corresponde al Congreso de la Nación, sería una diáfora o dilogía entender que los recursos naturales no comprenden los recursos mineros o del subsuelo. Ya sabemos que la regla no es la improvisación o la omisión del Constituyente en un tema de tanta trascendencia que se encuentra avalado además de su espíritu, por todo el debate que signó la denominada Convención Constituyente. El medio ambiente, en los términos concebidos por el art. 41, C.N. y la legislación nacional dictada en su consecuencia tiene un sustrato normativo específico que es anterior a la reforma de 1994, en Leyes específicas como la N° 17319 (69, inc.3) y N° 24145, arts. 1 a 5 -ley de federalización de hidrocarburos- y el propio Código de Minería (texto ordenado Dec. N° 456/97), pero que debe integrarse con el resto de la legislación que en forma concurrente dictan las Provincias para asegurar una tutela efectiva del mismo en todas sus manifestaciones subsistiendo temas controversiales como el correspondiente a la jurisdicción sobre el cual algunas Provincias como Río Negro (Ley N° 2627, Dto. N° 24/03, Ley N° 3829) han dictado normas especiales respecto al ejercicio del Poder de Policía, mediante la creación del Cuerpo de Policías de Hidrocarburos. Por lo que, sin perjuicio de la doctrina sentada por la CSJN. en Fallos 154:313 y 301:341 entre otros, deberá entenderse que la omisión del legislador en adecuar la normativa de las Leyes N° 17319 y N° 24145 al nuevo texto constitucional hará posible cubrir dicha omisión con la aplicación de la ley general del ambiente ya que sus presupuestos mínimos se aplican a toda la materia ambiental, sin perjuicio de la legislación dictada en forma concurrente por las Provincias (cf. Mariano Rodríguez, “Petróleo”, Ed. Jurid. Cuyo, 2003, cap. VIII). Por lo que es impropio sostener, como lo han hecho autores de la talla de Edmundo Catalano, que la omisión de la Nación en dictar normas específicas sobre hidrocarburos y/o minería, en materia ambiental, pueda entenderse como la subsistencia

del viejo sistema de la Ley N° 17319 que concentraba todo el poder en la Nación como si no hubiera mediado reforma constitucional o como si no hubiera existido la Conferencia de Estocolmo o no se hubiera ratificado la Convención sobre Diversidad Biológica (Ley N° 24375), sobre cambio climático (Ley N° 24295), de lucha contra la desertificación (Ley N° 24701) y sobre gestión de aguas (Ley N° 25688), etc., por poner tan solo estos hitos en materia ambiental, y en consecuencia es ilegítimo que la Sec. de Energía de la Nación pretenda conservar las facultades que son propias o que corresponden constitucionalmente a las Provincias tanto en su competencia normativa como jurisdiccional. Esto, sin perjuicio de lo que establezcan las respectivas constituciones provinciales y legislación infra constitucional ya que no todo se agota en la Ley N° 25675 sino que además deben computarse otras leyes, como la N° 24051, la N° 25612, la N° 25831, las específicamente forestales ya citadas precedentemente, que confirma este enfoque, ya que las disposiciones allí previstas son operativas y de orden público; y por ende la interpretación, y resolución de cualquier causa ambiental o vinculada con la política ambiental nacional, provincial, deberá recurrir a los principios establecidos en el art. 4 y ss. de la ya citada Ley N° 25675 (cf. Zeballo de Sisto, M. Cristina y Mauricio Libster, “Régimen Jurídico de los residuos en Argentina”, La Ley , p.243 y ss; y “Ecología, política y Petróleo” de Aldo Giordano, LL Gran Cuyo, 2005, nota a fallo de la Corte de Mendoza en la causa “YPF. en Asoc. Oikos Red Ambiental c/Prov. de Mendoza”, marzo 11-2005; Miguel Escorihuela en “Tutela judicial del ambiente”, LL Gran Cuyo, 2003, p.631).- -

-----Por lo demás, corresponde remarcar que nuestra Provincia tiene su Constitución Provincial con normas especiales sobre cláusula federal (art.12), operatividad de los derechos (art.14), responsabilidad de los ciudadanos (art.46, ap. 8*) y sustenta políticas públicas sobre medio ambiente, economía y ecología en los arts.70, 71, 72, 75, 76,77, 78, 79, 80, 81, 84, 85, 86, 87 y 91 y consagra en el art. 181 inc.17° la facultad del ejercicio del poder de policía en cabeza del Poder Ejecutivo (ver debate de la sesión constituyente del 5 de mayo de 1988) todo lo que a nuestro entender está en perfecta armonía con lo que dispone actualmente los arts. 41, 43, 121, 124, 125 y 5 de la Constitución Nacional.- - - - -

-----El caso de autos.- - - - -

-----Sin embargo, en el caso de autos el conjunto de actos administrativos cuestionados implementó una aceptable solución al riesgo creado, adoptándose medidas precautorias adecuadas y regladas, no visualizándose ausencia de legalidad al respecto. Trátase en el caso de recursos naturales, y estamos en presencia de una incursión en el ejercicio de la política estatal (provincial) de la preservación y del aprovechamiento de los recursos naturales y del poder de policía de la autoridad competente, sujeto a la normativa local (cf. STJRNCO.: Se. N° 20/05 in re "PROVINCIA DE RIO NEGRO s/MANDAMUS", Expte. N° 19595/04-STJ-, 09-03-05).-----

-----Que en el caso particular de autos se trata del poder de policía forestal, dentro del ámbito de facultades regladas, con debida notificación al amparista, por lo que se descarta cualquier tipo de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que pueda habilitar el amparo, siendo notoriamente ajeno al instituto del art. 45 de la Constitución Provincial.-----

-----Por todo ello, VOTO, también, POR LA NEGATIVA.-----

A la primera cuestión el señor Juez doctor Alberto I. BALLADINI dijo:-----

-----Que adhiero a la solución propiciada por los Sres. Jueces que me preceden en el voto, correspondiendo el rechazo del recurso de apelación intentado tanto por falta de agotamiento de la vía administrativa en tránsito, como por ausencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiestas.-----

-----Acierta el a-quo en punto a que el amparista no ha agotado la vía administrativa prevista para el caso, siendo de aplicación al caso el principio de no corresponder hacer lugar al mismo cuando se deduce sin haberse agotado las instancias ulteriores pendientes, todas ellas articuladas en un procedimiento ordenado, cuyo tránsito constituye la vía completa y necesaria para la firmeza del acto, en su sede natural o de origen. La falta de agotamiento de la vía procesal previa implica interrumpir la posibilidad de obtener satisfacción a la pretensión dentro del propio ámbito de la administración, acudiéndose al amparo antes de que este remedio se torne necesario, con evidente desplazamiento y enervamiento de las defensas normales en el área funcional de la misma administración (cf. STJRNCO.: Se. N° 13/97 "L., A. s/ACCION DE AMPARO s/APELACION").-----

-----Asimismo, este Superior Tribunal de Justicia ha señalado en diversas oportunidades que cuando se incursiona en el ejercicio de la política estatal de preservación y aprovechamiento de los recursos naturales no corresponde que el poder de policía que desarrolla la autoridad con competencia específica en la materia quede impedido. Corresponde que la autoridad ejerza todas las atribuciones que le asigna la ley, porque en la situación se proyectan sus efectos más allá de las partes involucradas en la contienda judicial y afecta a la seguridad de la comunidad misma (STJRNCO.: Se. N° 20/05 in re "PROVINCIA DE RIO NEGRO s/MANDAMUS", Expte. N° 19595/04-STJ-, 09-03-05; CSJN., "Recurso de Hecho, Rosmar S.A. c/Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación", R. 128, XXXVII).-----

-----Que cuando se ejerce jurisdicción delegada del poder de policía se deben adoptar las medidas de seguridad destinadas a prevenir peligros, en tanto la administración pública está encargada de atender el bienestar general, y debe privilegiar la obligación de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas -art. 902, C.C.- para evitar riesgos innecesarios (cf. STJRNCO.: Se. N° 3/02, "G. B., J. y E., E. N. s/AMPARO s/APELACION", Expte. N° 16447/01-STJ-).-----

-----Coincido en que en el caso de autos la autoridad administrativa ha adoptado decisiones a fin de evitar riesgos innecesarios, adoptándose medidas precautorias adecuadas y regladas, no visualizándose ausencia de legalidad al respecto, todas ellas en ejercicio del poder de policía forestal, dentro del ámbito de facultades regladas, por lo que se descarta cualquier tipo de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que pueda habilitar el amparo, siendo notoriamente ajeno al instituto del art.45 de la Constitución Provincial.- ES MI VOTO.- -----

A la segunda cuestión el señor Juez doctor Luis LUTZ dijo:- - - -

-----Siguiendo lo dicho al tratar la primera cuestión, debo concluir en que corresponde el rechazo de la apelación intentada y la confirmación de la sentencia del Juez del amparo en cuanto rechaza dicha acción por existencia de otras vías hábiles para el tratamiento de la cuestión traída a juicio. Con costas (art. 68 del CPCyC.).- Atento la informalidad procesal del amparo, regúlense los honorarios profesionales de los doctores Alberto M. ALTCHULLER y Alicia L. SSKO -en conjunto- en la suma de Pesos CUATROCIENTOS (\$ 400) y por su actuación en esta instancia, al doctor Roberto STELLA en la suma de Pesos CUATROCIENTOS (\$ 400) (equivalentes a 10

Jus; art. 36, L.A.)- ASI VOTO.- - - - -

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Víctor H. SODERO NIEVAS y Alberto I. BALLADINI dijeron:- - - - -

-----ADHERIMOS a la solución que propone el señor Juez que nos precede en el orden de votación.- - - - -

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el señor Rolando RIVELLI a fs. 150, fundado a fs. 152/154 y confirmar la sentencia de fs. 148/149 de las presentes actuaciones.- Con costas (art. 68 del CPCyC.).- - - - - Segundo: Regular los honorarios profesionales de los doctores Alberto M. ALTCHULLER y Alicia L. SISKO -en conjunto- en la suma de Pesos CUATROCIENTOS (\$ 400) y por su actuación en esta instancia, al doctor Roberto STELLA en la suma de Pesos CUATROCIENTOS (\$ 400) (equivalentes a 10 Jus; art. 36, L.A.)- --

Tercero: Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse.- - -

Fdo.:LUIS LUTZ -JUEZ- VICTOR HUGO SODERO NIEVAS -JUEZ- ALBERTO I.BALLADINI -JUEZ- ANTE MI: EZEQUIEL LOZADA SECRETARIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

PROTOCOLIZACION Tomo II-Se. N° 53-Folios 532/562-Sec. N° 4.-